

Ideologias setecentistas da codificação e estrutura dos códigos*

Giovanni Tarello¹

Resumo: Neste artigo, abordam-se as características específicas do termo “código”. Diferencia-se o sentido particular que o termo passou a receber durante o século XVIII, agora tomado como sinônimo de direito – isto é, um livro de regras com unidade de matéria, vigente por toda uma extensão geográfica sob uma autoridade política, geral, ab-rogante e que veda a heterointegração –, cujo sentido é construído pela convergência de três ideologias anteriores aparentemente não conciliáveis: a pufendorfiana, a leibniziana e o reformismo do século XVIII. Além da análise dessas três ideologias, mostram-se, ainda, as condições históricas específicas que permitiram a articulação

* Versão consultada para a tradução: TARELLO, Giovanni. *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*. In: _____. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988. Publicado pela primeira vez, em italiano, em *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*. Milano: Giuffrè, 1978. v. I: *Studi storico-giuridici*. Tradução de Ricardo Sontag, monitor do *Ius Commune* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFSC), graduado em Direito (UFSC), mestrando em Direito (UFSC) e graduando em História (UDESC). Revisão: Arno Dal Ri Jr., coordenador do *Ius Commune* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFSC) e professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

¹ Nascido em Gênova, em 4 de outubro de 1934, morto em 1986, lecionou Filosofia do Direito na Università di Genova, onde foi presidente do Instituto de Filosofia. Dentre os livros que o tomaram referência em matéria de História do Direito, destaca-se o *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*.

momentânea entre elas. Por fim, são tratados os três nódulos políticos que deveriam ser superados para a concretização do projeto codificador: a substituição dos antigos *status* pelo sujeito de direito único; no direito civil, a pluralidade dos modos de gozar os bens em favor da propriedade moderna; no direito penal, a simplificação da pluralidade de bens perseguidos pela repressão coercitiva.

Palavras-chave: História do direito – Codificação – Pufendorf – Leibniz – Reformismo – Direito moderno.

Ideologies of the 18th century on codification and the structure of codes

Abstract: This article examines the specific characteristics of the term “code”. It differentiates the particular meaning ascribed to this term beginning in the 18th century, which is now taken as a synonym of law; that is, a book of rules with unity of subjects, in effect throughout a given geographical area under one political authority, in genera, which replaces other laws and which prohibits hetero-integration, whose sense is built upon the convergence of three prior ideologies that appear to be irreconcilable: Pufendorfian, Leibnizian and reformism of the 18th century. In addition to an analysis of these three ideologies, it also shows the specific historical conditions that allowed the momentary articulation among them. Finally, it covers three political nodules that must be overcome for the concretization of the codification project: substitution of the old status by the subject of single law; in civil law, the plurality of the ways to use goods in favor of the modern concept of property; in criminal law, the simplification of the plurality of goods protected by coercive repression.

Key-words: History of Law – codification – Pufendorf – Leibniz – Reformism – Modern Law.

1 “CÓDIGO DO DIREITO”

“Código” e “codificação” são vocábulos de ascendência remota que, como os seus correspondentes em outras línguas românicas derivadas do latim *codex* (o livro compacto e costurado na lombada), durante o século XVIII se especializam como vocábulos jurídicos. Primeiramente, se chamaram *codex* (*codice*, *code*, código) todos os livros que continham materiais constituídos de expressões dotadas de autoridade jurídica (materiais novos ou velhos, recolhidos por privados ou autoridades oficiais). Depois, denominou-se “código” o conteúdo desses livros, isto é, simplesmente “o direito”, enquanto dotado de uma ordem intrínseca e extrínseca, como aquela que aparece no índice do livro: e falou-se em “dar-se um código” para dizer “dar-se um direito”, em “código da natureza” para dizer “direito da natureza”. Finalmente se disse código, com vocábulo agora especializado, um livro de regras jurídicas organizado segundo um sistema (uma ordem) e caracterizado pela unidade de matéria, vigente para toda uma extensão geográfica da área de unidade política (para todo o Estado), voltado para todos os súditos ou sujeitos à autoridade política estatal, pela vontade dessa autoridade e por ela publicado, ab-rogante de todo o direito precedente na matéria disciplinada por ele e por isso não integrável com materiais jurídicos pré-vigentes, e destinado a longa duração.²

A especialização do vocábulo e da família de vocábulos nas várias línguas, como se vê, corresponde ao emergir de uma novidade na organização jurídica da Europa continental entre o final do século XVIII e início do XIX, quer dizer, corresponde à experiência histórico-política da codificação moderna: muitos Estados europeus

² Sobre isso, para esclarecimentos mais amplos: TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, cap. I, v. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*.

deram-se códigos, no sentido novo e especializado da palavra, e, em particular, códigos civis, códigos penais, códigos comerciais, códigos de processo civil e códigos de processo penal. A especialização do vocábulo e a emergência de novas formas jurídico-jurídico-organizativas – com as suas respectivas consequências sobre a cultura europeia do século XIX – são duas faces da mesma experiência. O vocábulo “código” se especializou como nome de estruturas organizativas jurídicas concretas, primeiro pré-figuradas na ideologia e depois realizadas nos códigos modernos.

Essas estruturas organizativas complexas, os direitos codificados e os códigos, com os seus nomes técnicos e com a sua “cultura” são, assim, dotados de um elemento ideológico, de uma filosofia operativa que a idealiza, promove, percebe e reflete. Ou melhor, não obstante a indubitável univocidade e compactação da estrutura organizativa do “direito codificado” uma vez realizado, e não obstante a valência unívoca que a reflexão do século XIX deu ao “código”, não é uma ideologia, mas, sim, a confluência de diversos e disparatados complexos de ideologias que vemos presidir a feitura dos direitos codificados.

Pretendo fazer aqui, brevemente, uma lista das diversas ideologias que presidiram a codificação moderna, indicando a idéia fundamental de cada uma, para, depois, relevar – ainda que brevemente – algumas compatibilidades e incompatibilidades teóricas entre elas, e indicar – por fim – as razões históricas e culturais do seu momentâneo confluir³.

³ Como se percebe no texto, e como pretendo aqui estipular, uso o vocábulo “ideologia” num sentido muito largo, para indicar filosofias, teorias, complexos doutrinários, considerados na sua função de instrumentos de políticas culturais de maneira geral e de políticas do direito especificamente. As filosofias, teorias e doutrinas que mencionarei em seguida serão mencionadas como ideologias, porém, não serão objeto de considerações em relação aos seus fundamentos epistemológicos, mas somente em relação às suas implicações sociopolíticas e aos seus usos político-jurídicos.

2 “FAZER” CÓDIGOS

Analisando o discurso que acabei de fazer para esclarecer o sentido do vocábulo “código” no seu uso especializado, salta aos olhos a escassa compatibilidade ideológica de dois dos seus caracteres: a) o caráter de livro de leis *feito* por alguém, dirigido e destinado aos súditos sujeitos à autoridade política de quem faz o livro de leis e para ser vigente na área sobre a qual se estende aquela autoridade política ab-rogando o direito pré-vigente; b) o caráter de direito de livro sistemático, dotado de unidade de matéria, destinado a longa (e tendencialmente ilimitada) duração. A primeira característica indica, no código, o ato de vontade, concreta e historicamente determinada, de uma autoridade política que se estende aos limites do Estado; a segunda característica indica, no código, o ato de conhecimento da matéria regulada e do sistema sobre a qual se estruturam as regras, não num momento determinado e num território limitado, mas, sim (ao menos tendencialmente), sempre e onde quer que seja. A primeira característica indica, no código, o *fiat* de uma autoridade historicamente circunscrita seja no tempo (se trata *daquela* autoridade), seja no espaço (o Estado); a segunda característica indica, no código, a estrutura sistemática das regras de uma matéria, de um setor das trocas humanas, estrutura sistemática e matéria tendencialmente constantes no tempo. A primeira característica indica, no código, a expressão daquilo que uma antiga tradição chamava “direito arbitrário”; a segunda característica indica, no código, a expressão daquilo que essa mesma tradição chamava “direito natural”.

A cada uma dessas duas características que o código vem assumir, respectivamente, correspondeu, entre o século XVII e fim do XVIII, a uma ideologia do direito; e uma terceira ideologia do direito correspondeu, no final do século XVIII, a uma

justaposição – nos códigos que concreto se fizeram – dos dois caracteres de arbitrariedade e naturalidade. Diremos logo alguma coisa sobre a primeira ideologia, passaremos depois às outras duas.

A primeira ideologia do direito que presidiu à experiência das codificações modernas é, então, aquela segundo a qual todo o direito, ou ao menos todo o direito das sociedades humanas modernas, ou pelo menos grande parte desse direito, é arbitrário. O arbítrio que institui o direito pode encontrar limites de fato, bem como limites morais que se referem ao ânimo de quem detém o arbítrio: mas não pode, por definição, encontrar limites jurídicos, ao menos no sentido segundo o qual são jurídicas as regras postas pelo arbítrio. Na origem mais distante dessa ideologia, certamente, está o pensamento de Hobbes; mas, para toda a cultura do século XVIII, o portador e protagonista desse modo de pensar foi um jurista da segunda metade do século XVII: Pufendorf. À Pufendorf se ligam diretamente Thomasius, Burlamaqui e, indiretamente, Voltaire e aqueles que se colocaram na estrada indicada por esse incansável propagandista das *luzes*.

Analisemos os elementos dessa ideologia que, por economia, chamarei *pufendorfiana*.

O primeiro elemento que está no fundo da própria ideologia é o *voluntarismo*. O direito é “vontade”: vontade da autoridade suprema. Desse primeiro elemento surgem conseqüências de grande envergadura para a cultura jurídica moderna e contemporânea, bem como para a experiência das codificações. Antes de tudo, a vontade é mutável no tempo; a vontade de hoje pode ser diferente da de ontem, e pensar o direito como vontade significa pensar o direito como algo essencialmente mutável, concepção que pretendia desacreditar a idéia de um direito imutável na essência e mutável somente na aparência, e valorizar a idéia que se pudesse – ou melhor, que a autoridade pudesse – *fazer* direito novo. Além disso, a última vontade se sobrepõe e

modifica a vontade de ontem, por isso o voluntarismo jurídico desacredita a opinião segundo a qual o direito é tão nobre e alto quanto mais velho e antigo for, e defende, porém, que o direito mais novo é sempre mais verdadeiro: a idéia desacreditada operava como obstáculo à reforma do direito e como incentivo à sua sabotagem; a idéia do voluntarismo pufendorfiano operava como incentivo à reforma do direito e obstáculo à sua sabotagem; a regra segundo a qual em caso de conflito prevalece a lei nova, já conhecida dos juristas, mas que operava em conjunção com outras regras de sinal oposto sobre conflitos, é difundida pela escola pufendorfiana como regra máxima em matéria de conflitos e tomada em sua máxima potencialidade, isto é, como idéia segundo a qual a lei nova, como expressão da nova e última vontade do soberano, ab-roga toda a legislação prévia que não tenha sido claramente compatível com a lei nova. Em segundo lugar, se o direito é vontade da autoridade, a área de vigência do direito coincide com a esfera da autoridade, ou seja, com o Estado; do voluntarismo nasce, assim, um modo de pensar segundo o qual o direito e o Estado são estreitamente conexos, o que comporta a forte associação entre pufendorfismo e duas tendências da política européia do século XVIII: a) sobre a identidade do direito em cada Estado político, superando o particularismo regional; b) sobre a diferenciação do direito dos vários Estados, superando a noção geográfica de “direito comum”.

O segundo elemento da ideologia pufendorfiana é o *imperativismo*. Se o direito é a vontade da autoridade, ainda que seja lei natural no sentido de relação natural entre homens e homens e coisas, então o direito não consta de asserções, mas de comandos. Pufendorf insiste no fato de que o direito é feito de comandos que o superior dirige ao inferior e que os comandos são prevalentemente negativos, isto é, são proibições. As implicações desse segundo elemento da ideologia pufendorfiana são também de notável

relevância. Ainda mais se o direito é feito de comandos, então é necessário que o destinatário do comando conheça o comando: está, portanto, na natureza do direito ser “comunicado”, e tal comunicação deve acontecer de forma tal a não deixar dúvida sobre a natureza de direito do comando cuja expressão é comunicada; seja a prática de publicação das leis, seja a preferência por leis-documento (em contraposição ao costume e à prática judiciária), são encorajadas por esse elemento da ideologia pufendorfiana. E basta relevar a importância da preferência pela lei-documento (e documento “publicado”) na tendência à codificação do direito. A relação de conhecimento entre o destinatário e o direito, que é conhecimento de comando, ou, mais precisamente, de proibição, terá, depois, papel particular nas doutrinas de direito penal, no sentido de induzir a considerar ao menos não funcional a lei retroativa: *nulla pena sine previa lege poenali*, princípio apto a incentivar a reordenação (e codificação é também reordenação) de todo o direito penal.

O terceiro elemento da ideologia pufendorfiana é o *psicologismo*. Se o direito é feito de comandos que correspondem à vontade soberana, conhecimento do direito é conhecimento da mente, da vontade do legislador soberano. Esse elemento ideológico não teve grande papel na determinação das codificações, mas no uso das codificações, uma vez que já estivessem feitas. Ele opera, então, em sede “interpretativa”, valorizando os modos de superar as dúvidas sobre o significado da lei que consistam em atribuir relevância aos indícios sobre a vontade do legislador em concreto: os documentos preparatórios, a ocasião da lei, e assim por diante.⁴

⁴ Para um tratamento mais amplo e para as referências bibliográficas remeto, ainda, à G. Tarello (*Storia della cultura giuridica moderna*, cap. III, § 2º)

3 “ORDENAR”, “SISTEMATIZAR” O DIREITO

A segunda das grandes ideologias que se expandem na cultura jurídica entre o final do século XVII e o final do século XVIII é idealmente conflitante com a primeira, como já foi acenado. São portadores desta segunda ideologia do direito Leibniz e Wolff. Trata-se da ideologia segundo a qual o direito é um dado, como todos os outros dados da realidade; por isso o conhecimento do direito é conhecimento absolutamente idêntico a todos os outros conhecimentos, e o método do conhecimento do direito é o método do conhecimento em geral, ou melhor, o método geral de conhecer. Todo problema jurídico deve encontrar uma resposta *certa*, e a resposta certa consiste na solução derivada, segundo as regras da lógica, de premissas certas. Estas premissas certas são as proposições fundamentais que espelham as regras de direito. As regras de direito são, por isso, proposições, que como todas as outras proposições são predicados da qualidade de um ente (isto é, de um *objectum*). O ente das predicções jurídicas é o “sujeito” (o súdito), o qual Leibniz dá o nome de “sujeito” no sentido gramatical (que deixa de chamar-se objeto); as qualidades das predicções jurídicas são os *status* subjetivos (pai, filho, nobre), as situações nas quais se encontram os sujeitos (herdeiro, vendedor, depositário), e os deveres, as obrigações, os direitos em sentido subjetivo.

Analisemos os elementos desta ideologia que, por economia, chamarei de leibniziana.

O primeiro elemento dessa ideologia do direito é o *descriptivismo* (que se contrapõe ao imperativismo): o direito consiste em proposições jurídicas, que são jurídicas não tanto por serem comandos voluntários, mas por serem verdadeiras. Aqui não nos interessam os problemas e as dificuldades do descriptivismo jurídico, mas suas implicações. Se o direito é o conjunto das proposições jurídicas verdadeiras, então: a) o direito é coerente,

já que as proposições verdadeiras não podem se contradizer; b) entre as proposições jurídicas se instituem as relações lógicas que se instituem entre as proposições em geral; c) o direito ainda não conhecido se descobre mediante o trabalho lógico com base em proposições jurídicas conhecidas. O objetivo de Leibniz era, de fato, demonstrar como uma grande quantidade de material jurídico (por exemplo, as fontes do direito romano) poderia ser reduzida a um pequeno livrinho: ele queria um *Corpus iuris reconcinatum*, e para fazê-lo bastava – segundo ele – uma lista das proposições jurídicas fundamentais ou axiomas jurídicos (todas as outras proposições jurídicas podem ser omitidas, porque elas podem ser *deduzidas* dos axiomas).

O segundo elemento da ideologia leibniziana era o *sistematismo*. O conjunto do direito, das proposições jurídicas, é um sistema: quer dizer, as proposições jurídicas se dispõem segundo uma ordem, dos axiomas gerais e fundamentais às proposições mais particulares, e segundo o sistema das qualidades jurídicas determinantes e determinadas, de maneira que cada proposição esteja em relação sistemática, lógica e conceitual com todas as outras.

O terceiro elemento da ideologia leibniziana é o *conceitualismo*. Uma vez que a dedução lógica tem seus limites (principalmente a própria tautologia), o jurista leibniziano se inclina a expandir seus conhecimentos e a resolver as dúvidas trabalhando sobre predicados jurídicos, sobre as qualidades: diante de uma dúvida sobre uma doação de dinheiro ele se inclinará a trabalhar sobre o *conceito* de mútuo e, diante de uma asserção incauta, se inclinará a trabalhar sobre o *conceito* de heresia. Este último elemento da ideologia leibniziana, diferente dos dois primeiros, se destinaria a ter um papel não sobre o processo de codificação, mas sobre os usos que das codificações far-se-iam.

Segundo os propósitos de Leibniz e daqueles que desenvolveram a partir da segunda metade do século XVII essa ideologia do direito, o método do conhecimento jurídico que derivava dessa ideologia era útil para *descrever* o direito de modo breve e econômico; ou seja, era útil para a “ciência” do direito, e não para a “criação” do direito. De resto, os juristas embebidos da ideologia leibniziana eram freqüentemente muito cautelosos em relação à criação de direito novo, assim, a viam como um erro teórico, já que para eles o problema se reduzia a *descobrir* sempre novas implicações do direito velho. Os primeiros produtos do leibnizianismo jurídico foram, portanto, obras de ciência jurídica, que se caracterizavam por apresentar forma sistemática e muitas vezes com o título de “Sistema” ou “Sintagma”. O segundo produto do leibnizianismo jurídico se aproximava, porém, de algumas experiências das chamadas pré-codificações, isto é, das coletâneas de fontes jurídicas, seja do ponto de vista da forma como dos seus usuários, que durante o século XVIII se fizeram em maior medida do que nos séculos precedentes, tanto por privados como por instâncias burocráticas, na ânsia de obter aquele bem – a acessibilidade do direito a utilizar – que era exaltado na mesma medida em que se tornava inacessível: seja porque essa atividade de coleta de fontes às vezes se manifestou nas formas sugeridas pelos leibnizianos, isto é, inserindo primeiro as expressões gerais e fundamentais, e abaixo de cada uma delas as expressões que lhes parecessem desenvolvimentos ou lógico-dedutivos ou sistemático-conceituais. Até que se obtivesse o produto último, e nada sintonizados com os pressupostos ideológicos, os reformadores do direito, os inovadores, como em particular Frederico II com os seus chanceleres, empreenderam a criação de direito novo ab-rogante dos velhos direitos, para amplos setores materiais, utilizando esquemas de disposição das matérias tirados dos *sistemas* cognitivos dos leibnizianos e dos wolffianos, e dando às normas

assim dispostas a forma de proposições, isto é, a forma de atribuição de predicados a sujeitos jurídicos. Foi assim que aquela que em certos aspectos é considerada a primeira das codificações modernas, o *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten*, aparece como a transcrição em termos de vontade inovadora de um sistema construído para descrever e conhecer direito velho: aquele “sistema” se tornara a *técnica* da codificação.

As codificações modernas, fruto de vontade inovadora e substancialmente racionalizadoras, se apresentam, de repente, com as vestes dos sistemas teóricos feitos para sistematizar o direito antigo (principalmente o setor do direito romano que funcionava como direito comum e o direito germânico dos *status* estamentais) mediante racionalização formal. É assim que no uso, isto é, na aplicação e interpretação dos códigos modernos, logo se manifestou uma alternativa à prática dos voluntaristas, voltados para a interpretação dos códigos segundo a vontade e os fins do legislador histórico. A alternativa foi interpretar os segundos de acordo com as exigências do “sistema” jurídico e conforme o ser do direito, que é o sistema de proposições, com os dogmas conexos de coerência, completude, não-redundância, da analogia fundada em conceitos e não em fins, etc. Essa alternativa foi favorecida pela reconstrução do “legislador” que, antes de ser algo em carne e osso com a sua vontade, foi pensado como um ente abstrato dotado de razão, que leva do legislador concreto ao “bom legislador”⁵.

A ideologia leibniziana, assim como se expressava no seu elaborador e em muitos sequazes do século XVIII na área germânica, era utilizável para todos os setores da legislação: e, de fato, a sua utilização completa na codificação acontece num código

⁵ Cf., ainda, para a bibliografia, TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*, cap. III, § 3.

com o prussiano de 1794 que, do ponto de vista das matérias, é ainda um amontoado de disciplinas disparatadas, como, de resto, era necessário em um Estado do tipo estamental, em um *Standestaat*.

A técnica codificatória sugerida pela ideologia leibniziana tendia a produzir códigos com pretensão de duração, mas essa pretensão de duração encontrava sérios obstáculos exatamente no fato de que certos setores do direito não se adaptavam a uma disciplina duradoura. Ora, essa pretensão de duração podia referir-se, porém, a campos específicos da organização jurídica que se recomendavam, por isso mesmo, como objeto de codificação. Como sabemos, os principais objetos de codificação foram, a partir da segunda metade do século XVIII, o chamado “direito civil” e o chamado “direito penal”. Deixemos de lado, por ora, o direito penal, e concentremos a atenção, provisoriamente, no direito civil: pois bem, um particular filão da ideologia jurídica racionalista, que se origina na segunda metade do século XVII e que se desenvolve paralelamente ao de Leibniz e Wolff, refiro-me ao filão encabeçado por Jean Domat, indica o campo do “direito civil” como campo privilegiado para uma codificação e sistematização duradoura.

Essa operação ideológica de Domat acontecia em três etapas. A primeira etapa consistia na aplicação ao direito de uma distinção, proveniente de estudos de gramática de Port-Royal, entre os adjetivos que aparecem em binômios contraditórios, de maneira que os entes, dos quais são predicáveis, necessariamente são munidos ou de uma ou de outra qualidade, e os adjetivos que não aparecem em binômios contraditórios, mas em grupos que se sobrepõem ou se excluem parcialmente: por exemplo, aparecem em binômio contraditório os adjetivos jurídicos maior-menor, são-insano, homem-mulher, etc.; enquanto aparecem em grupo adjetivos jurídicos como nobre-burguês-clérigo-servo (ser uma dessas coisas exclui as outras, mas dizer que alguém é clérigo não basta para nos informar se é um nobre, um burguês ou um servo).

Ora, Domat acreditava que os adjetivos que aparecem em binômio contraditório corresponderiam às qualidades naturais e os outros, a qualidades artificiais, bem como que as consequências jurídicas das qualidades naturais fossem de direito natural e as consequências jurídicas das qualidades artificiais fossem de direito arbitrário. A segunda etapa consistia em observar que a disciplina das qualidades “naturais” coincidia, em grande medida, com a parte do direito romano que vigia nos países de direito escrito do sul da França, ou seja, com o direito romano das sucessões e das obrigações, da qual a longa vigência era indício de “naturalidade”. A terceira etapa consistia em assumir que o direito civil-privado-romano-natural vale para todos, enquanto o direito artificial-arbitrário-mutável vale somente para alguns; se isso era falso no tempo e no espaço de Domat, se era mistificação, de qualquer forma a assunção teve longa fortuna. A idéia colocada em circulação era a que o direito civil e o direito romano eram duráveis porque naturais, enquanto aquilo que provinha do direito civil seria arbitrário e sujeito a mudar com os fatos políticos. Eis recortado um campo no qual a descoberta do “sistema” pode apoiar sobre bases duráveis e no qual o sistema de um legislador prudente estaria em condições de resistir aos séculos. Domat também, como Leibniz, pretendia estudar os modos – os métodos – de *conhecer* e *ordenar* o direito, mas a sua obra era útil a quem queria *fazer* o direito; a este fazedor de direito, Leibniz indicava a técnica, e Domat o campo de ação mais adequado.⁶

⁶ Essa interpretação da obra jurídica de Domat, em relação aos usos que fizeram dele no âmbito da doutrina jurídica posterior, não é compartilhada pela maioria dos estudiosos, que tendem a individuar os nexos entre Domat e o ambiente cultural de Port Royal, principalmente em alguns aspectos do moralismo e da religiosidade domatiana, mais do que na estrutura da lógica implícita e nas referências à doutrina lingüístico-gramatical das *Loix Civiles*. Todavia, a interpretação que apresento e com a qual me defrontei pela primeira vez no ensaio *Sistemazione e ideologia nelle “Loix Civiles” di Jean Domat*. (In: TARELLO, Giovanni. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, v. II, p. 125-157), recebeu nos últimos tempos não poucas adesões.

4 DIREITO SIMPLES, CLARO E SUCINTO

As duas ideologias do direito de origem seiscentista, mas que circulavam no século XVIII, se apresentam nas suas falsas vestes de teoria como respostas à pergunta: “O que é o direito”? No curso do século XVIII, em ambas as tradições ideológicas vieram enxertar-se elementos ideológicos novos, que se apresentavam como respostas à pergunta: “Como deve ser o direito?”. Essa pergunta teve, dos mais disparatados setores, uma resposta unívoca: o direito, ou melhor, “as leis” devem ser simples, claras, poucas, breves e sucintas. A idéia que se fez generalizar por aqueles que não tinham interesses privados na conservação da complicação existente (como os advogados, burocratas, escribas, mensageiros e os mais diversos oficiais) era aquela de que cada um deveria estar *certo* da própria posição ante o direito, e que, por isso, o próprio direito deveria ser certo. Para ser certo, o direito deveria, justamente, ser feito de poucas e simples leis.

Atrás da fórmula unívoca estava, como sempre, posições e interesses diferentes, como diferentes eram as razões da insatisfação ante a complicada conformação do particularismo jurídico de todos os Estados (trata-se já propriamente de verdadeiros Estados) da Europa. Alguns, como os soberanos de Savóia e em alguns períodos na França, queriam simplesmente expropriar o poder de órgãos judiciários briguentos. Outros, como Muratori no *Difetti della Giurisprudenza*, são sensíveis à exigência de expropriar os advogados e juristas de instrumentos de corrupção e parasitismo. Na Áustria, entre Maria Teresa e José II, passa-se de ideais de clareza e acessibilidade do direito a tenazes políticas de destruição de todos aqueles que fossem contrapoderes em relação à centralização monárquica. Na França havia quem pensasse que, de qualquer forma, uma organização jurídica nova e adaptada ao primado da burguesia seria descarnada e demandaria

“queimar todas as velhas leis” (como Voltaire); e havia alguns marginais que variavam de simples (mas na verdade complicados) códigos da natureza; e quem, entre vários modelos de organização que vinham individuando, inseria alguns fatos de leis simples e claras, aptas a fazer de qualquer um juiz; suscitando equívocos sobre as intenções deles em boa parte dos leitores.

Na cultura jurídica no sentido estrito, essas atitudes encontravam correspondência parcial nas correntes pufendorfianas e voluntaristas, que eram, geralmente, favoráveis à legislação nova que ab-rogasse a velha, e nas correntes leibnizianas e racionalistas que ofereciam instrumentos e técnicas de ordenação econômica para qualquer direito. Mas também a legislação nova que usasse as técnicas sintéticas dos leibnizianos não chegaria a construir códigos breves se não resolvessem alguns nódulos políticos e substanciais que estavam para além das possibilidades das técnicas legislativas.

Esses nódulos políticos substanciais eram essencialmente três: o primeiro era o da pluralidade dos *status* subjetivos, ou pertencimento estamental, que incidia sobre as organizações jurídicas do direito civil, do direito penal e do direito comercial, complicando-os; o segundo era o da pluralidade dos modos de gozar os bens tipificados pelo direito, que incidia sobre o direito civil, complicando-o; e o terceiro, o da extrema variedade de bens perseguidos pela repressão coercitiva (especialmente em situações de escassez de meios disponíveis para a coerção) que incidia sobre o direito penal, complicando-o.

Somente resolvendo esses três nódulos, isto é, eliminando-os, a codificação poderia ser verdadeiramente breve, compendiada e praticável. Mas esses nódulos não podiam ser eliminados em sede técnico-jurídica; tratava-se de levar a cabo uma verdadeira revolução política. Novas ideologias políticas, enxertando-se sobre as ideologias estritamente jurídicas até agora mencionadas, e por sua vez tornando-se jurídicas, concorreram para a codificação.

5 A IGUALDADE JURÍDICA E O SUJEITO DE DIREITO ÚNICO

Pretendo esclarecer por que o primeiro nóculo a resolver, para obter códigos breves, era o da pluralidade dos *status* subjetivos ou de pertencimento estamental.

No quadro de uma concepção da regra jurídica como proposição que une a um sujeito jurídico um predicado jurídico, é claro que o sistema de regras jurídicas no geral mais simples é aquele no qual o sujeito é único (e também aquele no qual os predicados são poucos, mas disso falarei dentro em pouco). Se, então, o sujeito é único, o sistema no todo resulta exclusivamente constituído: (I) pelas definições dos predicados; (II) pelas regras que atribuem ou revogam a atribuição de cada predicado ao sujeito único; e (III) pela posição dos princípios que regulam a compatibilidade dos vários predicados entre si. Porém, se os sujeitos jurídicos são plurais, o sistema se complica porque deve conter: (I) as definições das diversas categorias de sujeitos; (II) as regras atinentes a passagem dos sujeitos de uma categoria para a outra; (III) a definição dos predicados; (IV) as regras relativas à conveniência de cada predicado a cada categoria de sujeitos (isto é, um número de regras quase igual ao número de regras do sistema mais simples, multiplicado pelos tipos de sujeito); (IV) as regras relativas à compatibilidade dos predicados, mas não em geral, e, sim, em relação a cada categoria de sujeitos. Em outras palavras, onde houver mais categorias de sujeitos sucedem dois tipos de regras jurídicas a mais, e com dois tipos de regras jurídicas a mais o número de regras base deve ser multiplicado pelo número de categorias de sujeitos.

Ora, nenhum sistema jurídico pode ser estruturalmente simples, no sentido exposto, quando se configuram diferenças subjetivas de estamento, profissão, religião, cidadania, raça, sexo, estado familiar, e assim por diante.

É nesse ponto que devemos fazer entrar no nosso quadro a ideologia igualitária. No curso dos últimos decênios do século XVIII e, sobretudo, durante a Revolução Francesa, a ideologia igualitária se manifestou essencialmente numa forma particular de igualitarismo: o igualitarismo jurídico, ou “igualdade perante a lei”. Essa igualdade diante da lei significou nada mais que unicidade do sujeito jurídico, e por isso foi, mais do que uma ideologia política, um instrumento técnico de simplificação dos sistemas jurídicos⁷.

Todavia, o igualitarismo jurídico do século XVIII não operou sobre todas as diferenças subjetivas das quais eram feitas as organizações jurídicas do velho regime. O igualitarismo jurídico do século XVIII operava somente, conforme suas matrizes ideológicas, sobre dois *fronts*: o das diferenças subjetivas estamentais e o das diferenças subjetivas religiosas. Por isso, o igualitarismo jurídico nos explica algo da estrutura dos códigos modernos e, em particular, da estrutura dos códigos napoleônicos, mas não explica tudo. A unidade do sujeito de direito que, no que concerne ao direito civil, se realizou completamente com o Código de Napoleão (de 1804) e com o Código Civil universal austríaco (de 1811), e, no que concerne ao direito penal, se realizou completamente no Código Penal de José II (de 1787) e com o Código Penal de Napoleão (de 1810), como nos códigos totais. Então, a igualdade perante o direito que as políticas do direito que presidiriam os códigos perseguiam não se referia, certamente, às diferenças de sexo, mas apenas parcialmente às diferenças religiosas, de cidadania e de estado familiar.

⁷ Ao estudo da ideologia igualitária e aos seus reflexos sobre o modo de conceber e perceber as posições jurídicas subjetivas deu uma penetrante contribuição Giuliana d’Amelio no seu volume sobre *Iluminismo e scienza del diritto in Italia* (Milano, 1965).

O fato é que as diferenças subjetivas remanescentes foram, nos códigos, transportadas do elemento subjetivo para os predicados jurídicos, de modo a ocultá-las. Assim, os códigos modernos assumiriam a estrutura de sistemas de normas com sujeito único, ainda que deixando persistir as desigualdades que não se referiam diretamente à organização jurídica estamental (esta, sim, foi efetivamente destruída no nível das normas, ainda que nem sempre no nível das estratificações sociais). O Código Civil estruturou-se sobre o sujeito único e transportou as diferenças subjetivas prevalentemente para o predicado jurídico da capacidade de agir, isto é, de produzir efeitos jurídicos pela vontade: todos são iguais *como sujeitos*, mas alguns não têm, ou não têm sem ajuda, porque são menores, mulheres, loucos, débeis, pródigos, a capacidade de agir. O Código de Comércio estruturou-se sobre um sujeito único, o próprio Código Civil (e não mais sobre a figura estamental distinta do mercador), o qual pode exercer as atividades objetivamente definidas como “atos de comércio”, e que, se exercer habitualmente atos de comércio, torna-se comerciante por razões objetivas.⁸

⁸ Interpretação símile do caráter e da função do Código de Comércio napoleônico foi objeto de ferrenhas contestações por parte de alguns juristas italianos estudiosos do Direito Comercial e da sua história, conjuntamente e desconjuntamente, da asserção de duas linhas de continuidade: a) a continuidade que se revelaria entre a *Ordonnance* de Luís XIV e o *Code de commerce* de Napoleão, por um lado; e b) a continuidade do “sistema de direito comercial” dos códigos de comércio napoleônico e italiano que eram objetivistas em relação ao novo Direito Comercial inserido no Código Civil italiano de 1942 no Livro IV. Mas a asserção da primeira continuidade não leva em consideração o fato de que o Código de Comércio de Napoleão foi precedido pela distinção das corporações e da organização de direito público de comércio, de maneira que as analogias na disciplina de atos específicos nos dois complexos normativos são analogias puramente formais; a asserção da segunda continuidade oculta a tentativa, freqüentemente consciente, de ocultar os nexos entre o subjetivismo do novo Direito Comercial centrado no “empreendedor” e organizações corporativas da economia. De resto, também aqueles mais atentos às implicações subjetivistas do Direito Comercial enquanto

O Código Penal estruturou-se sobre o sujeito único: não mais diferenças subjetivas do ponto de vista do agente ou da vítima; não mais diferenças entre um homicídio da parte de um nobre e de um cidadão, nem entre um homicídio cuja vítima é um nobre e um homicídio cuja vítima seja um camponês; as diferenças remanescentes – e são muitas – deslizam para os predicados sob a forma de atenuantes e de agravantes da ação objetivamente descrita.

Essa técnica legislativa de transferir as diferenças dos sujeitos para os predicados das proposições jurídicas que completa, do ponto de vista formal, a concretização da ideologia jurídica igualitária, e, do ponto de vista substancial, oculta os limites da própria ideologia, essa técnica legislativa, eu dizia, é, por sua vez, uma transposição, na prática, de uma ideologia ulterior especificamente jurídica; uma ideologia jurídica cujas primeiras escaramuças doutrinárias aparecem pouco depois da metade do século XVIII e, no direito penal, estão implícitas na obra de Beccaria. Essa ideologia se chama *objetivismo jurídico* e se exprime dizendo que o direito não disciplina o homem, mas suas atividades: os seus atos de vontade (a menos que o homem não seja incapaz de vontade razoável), os seus atos de comércio, os seus atos criminais. Essa ideologia, em parte mistificante, mas em parte efetivamente carregada de valências liberatórias e liberais, se destinaria a se tornar um dos elementos característicos do liberalismo jurídico.

“direito dos capitalistas” e “do capitalismo”, fazendo-se historiadores, não tiveram dificuldade em aderir à interpretação funcional, que propus novamente no texto, da codificação comercial napoleônica. Aludo, em particular, a Francesco Galgano em *La categoria storica del diritto commerciale* (In: TARELLO, Giovanni. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, p. 11-119) e, logo em seguida, em *Storia del diritto commerciale*)

6 A PROPRIEDADE ABSTRATA E A SIMPLIFICAÇÃO DO OBJETO

O segundo nóculo a resolver para tornar breve o sistema jurídico e, em particular, o sistema de direito civil, consistia em diminuir o número dos predicados jurídicos. Já que a unificação do sujeito jurídico não podia senão induzir ao acréscimo de predicados correspondentes às capacidades, a redução do número dos predicados deveria referir-se a cada figura de direito. Ora, um elemento da ideologia política dos fisiocratas objetivava justamente reduzir o número das figuras de direito subjetivo em relação aos direitos de gozo e de disposição dos bens, isto é, em relação àqueles que na tradição romanística chamavam-se “direitos reais” (*iura in rem*).

As organizações jurídicas particularísticas pós-feudais haviam multiplicado as posições jurídicas subjetivas de gozo e disposição dos bens imóveis (isto é, na economia agrícola, dos meios de produção): a utilidades diferentes correspondiam titulares de direito diferentes, de maneira que sobre um mesmo terreno havia quem tinha o direito de extrair uma soma de dinheiro anualmente, quem tinha parte de certo produto; quem semeava cereais e detinha-os depois de pagar um dízimo e subtrair quotas; quem pastava no período intercorrente entre as semeaduras; quem cortava uma certa quantidade de lenha; quem recolhia somente a lenha caída; quem livremente procurava produtos espontâneos como fungos e trufas; quem caçava; pescava; quem desviava águas correntes ou outras; quem livremente transitava; quem transitava mediante pagamento.

A divisão das utilidades de gozo e a sua construção como direitos diferentes (isto é, como predicados diferentes de proposições jurídicas) tinha, do ponto de vista econômico, o efeito de impedir a modificação da destinação do terreno, já que qualquer

mudança de destinação da parte do titular de uma utilidade lesaria um direito alheio: com a consequência que a procura pela melhor utilização de todo o terreno era impedida. Ora, uma das idéias lançadas por alguns fisiocratas era a de concentrar o maior número de poderes de gozo e de disposição dos terrenos agrícolas na mão de um só titular,⁹ reconstruindo, com o instrumento do *dominium* romanístico oferecido por alguns juristas (instrumento que, de fato, então se aplicava somente aos bens de consumo), um direito absoluto de um sujeito sobre um bem, de maneira tal a fazer das limitações desse direito absoluto por parte da utilidade de outrem fossem somente excepcionais e temporárias. A destruição dos direitos feudais e comunitários durante as primeiras fases da Revolução Francesa constituiu um notável passo na direção da redução dos predicados jurídicos correspondentes à utilidade do bem imóvel. A codificação civil napoleônica criou a figura central de uma propriedade abstrata – abstrata pelo objeto, de maneira que a propriedade do instrumento de produção identifica-se com a da melancia que se come –, realizando, assim, a grande redução dos predicados das normas de direito civil e, por isso, a grande simplificação do próprio direito civil.

7 A DESPENALIZAÇÃO E A REDUÇÃO DO NÚMERO DAS PENAS

A própria possibilidade de uma codificação do direito penal, no final do século XVIII, passava, além da unificação do sujeito de direito e do objetivismo, por uma notável amputação das figuras sobre as quais a repressão penal se voltava e por uma drástica redução dos instrumentos da própria repressão. Um corpo breve e

⁹ Sobre isso, recentemente, cf. REBUFFA, G. *Origine della ricchezza e diritto di proprietà*: Quesnay e Turgot, Milano, 1974.

sistemático de normas sobre a repressão, de fato, não era possível senão tratando de destruir grande parte, seja dos objetos, seja dos métodos da repressão, sobre os quais a potência e a impotência dos vários centros de direção dos comportamentos por muito tempo fantasiosamente divertiram-se. Destruição sobre a qual, porém, durante o século XVIII todas as principais ideologias da organização jurídica conspiravam.

A assunção do monopólio da repressão por parte do poder soberano (primeiro na doutrina, depois na prática) impelia à despenalização de um número cada vez maior de comportamentos e atitudes que tradicionalmente confluíam na grande categoria de “lesa-majestade divina” (especialmente as grandes rubricas de “magia”, “heresia”, “sacrilégio”), e a escassez de meios repressivos, aliada à prudência em favorecer contrapoderes, impelia a despenalizar tudo o que fosse possível exceto os comportamentos perigosos ou para a organização estatal ou para a vida e a propriedade dos particulares.

No que se refere aos modos da repressão, a redução do seu número era sugerida pela ideologia proporcionalista, bastante difundida no século XVIII. A exigência de instituir “proporção” entre comportamento reprimido e pena repressiva, e de instituir, por isso, escalas paralelas de gravidade dos crimes e das penas, combinada com as demandas de uma ideologia utilitarista que pretendia que para cada mínima progressão no crime correspondesse sempre uma ulterior quantidade de desencorajamento mediante sanção, impelia à preferência por sanções largamente (ainda que não indefinidamente) divisíveis e multiplicáveis quantitativamente. Essencialmente com tais características são as penas detentivas, que são divisíveis e multiplicáveis por unidade de tempo, e as penas pecuniárias, que são divisíveis e multiplicáveis por unidade monetária.

A ideologia humanitária, também largamente operante durante o século XVIII, facilitava tanto a despenalização como a preferência

por sanções detentivas e pecuniárias; estas, de fato, eram geralmente consideradas mais leves que as penas corporais, as exposições, as marcas com fogo, as escravidões penais e todos os outros instrumentos de repressão ainda no início do século XVIII difusamente praticados.

Nos primeiros experimentos de codificação penal moderna, como no Código Penal de José II, as *qualidades* da pena (enquanto contrapostas às *quantidades* dos números de penas limitadas) continuaram em parte, sob o aspecto da intensidade da pena detentiva (detenção com trabalhos, detenção com grilhões, detenção com espancamentos periódicos, etc.). Nos códigos sucessivos, especialmente no francês e nos que dele derivaram, essas qualidades internas da pena detentiva reduziram-se muito, salvo uma tendência pela individuação como pena qualitativamente diferente do ergástulo. Outra tendência, esta, porém, do século XIX, foi a da progressiva administração da pena pecuniária.

Para concluir, a codificação penal moderna pôde, na sua primeira fase, entre o final do século XVIII e os primeiros decênios do século XIX, realizar-se como sistema penal breve e sucinto, por meio de três elementos estruturais: a) unidade do sujeito de direito; b) redução dos bens tutelados penalmente a dois, o Estado (organização e ordem pública) e o particular (vida, saúde e propriedade); c) redução das qualidades das penas a três (morte, detenção, pena pecuniária), das quais duas são quantificáveis.

8 ESTRUTURA DO DIREITO CODIFICADO E ESTRUTURA DOS CÓDIGOS

A codificação moderna configura-se como um tipo estrutural de organização jurídica: a estrutura, exatamente, “à direito codificado” que é típica dos Estados europeus continentais. Os

nexos que se interpõem entre este tipo estrutural e um emaranhado de ideologias do século XVIII, ou difusas no século XVIII, são claros, não obstante a imperícia da minha exposição.

Resta algo a dizer, muito brevemente, sobre algumas características da estrutura organizativa “à direito codificado”. Se considerarmos aquelas que geralmente consideram-se as funções do direito, isto é (I) a qualificação e distribuição do poder, (II) a configuração e a distribuição dos bens, (III) guiar os comportamentos, observamos o que se segue. A estrutura “à direito codificado” é aquela que codificou, ou tentou codificar, a função II (direito civil, comercial, processo civil) e a função III (direito penal, processo penal). Em outras palavras, a estrutura “à direito codificado” é (ou foi) caracterizada pela tentativa de disciplinar da maneira mais econômica possível, isto é, do modo mais breve possível (essa é a razão de ser do código), a função de configurar e distribuir bens e a função de guia dos comportamentos.

Ora deve-se considerar que, aos olhos do operador político do final do século XVIII e início do XIX, o sistema “Código Civil – Código de Comércio” aparecia, não apenas formalmente, o mais breve e econômico possível para disciplinar os bens (sujeito de direito único, direito essencial único, objetivismo do ato dispositivo voluntário seja civil ou comercial), mas aparecia também substancialmente econômico quando se limitava somente aos procedimentos de alocação dos bens, que é, *na substância*, delegado ao mercado (salvo o direito sucessório). Paralelamente, o sistema penal aparecia *substancialmente* o mais breve e econômico sistema de guia dos comportamentos porque se limitava à tutela da ordem existente na distribuição do poder e na distribuição dos bens, reprimindo com sanções negativas a turbação.

A estrutura “à direito codificado” era, assim, adequada ao Estado liberal. Além disso, era a que repelia as técnicas que Bobbio

chama de “promocionais”¹⁰ exteriores ao direito codificado, e, assim, para aquele pouco que o Estado liberal as adotava, no direito administrativo.

Com isso não quero dizer que não são possíveis organizações políticas liberais com estruturas jurídicas não codificadas: bastaria o exemplo inglês para desmentir tal tese. Eu teria, porém, algumas dúvidas em relação à possibilidade do incremento de técnicas jurídicas de promoção conservando o tipo estrutural “à direito codificado” de organização jurídica. Ao menos não se conhecem exemplos.¹¹

¹⁰ Norberto Bobbio, nos últimos anos, chamou a atenção sobre as técnicas promocionais do direito em uma série de ensaios ora recolhidos no volume com o título *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977. Bobbio chama “função promocional” do direito aquilo que no texto chamei de “técnicas promocionais”: se reconheço o grande mérito de Bobbio em chamar a atenção sobre os fenômenos assim designados (contra as tendências dominantes na teoria do direito), e se afirmo que as observações que ele faz sobre os fenômenos assim individuados são pertinentes e profundas, sinto a necessidade de fazer algumas reservas quanto à terminologia. “Função promocional” parece-me, de fato, uma locução inoportunamente introduzida no léxico técnico, dado que habitualmente se designa “função” uma interação ou inter-relação (necessária ou típica) entre um subsistema e outro ou outros subsistemas, ou melhor, uma interação ou inter-relação entre um subsistema e o seu sistema mais geral que o compreende. Assim, as “funções” do direito são habitualmente individuadas nos modos típicos no qual o sistema jurídico opera sobre outros subsistemas sociais, ou sobre todo o sistema social. Ora, os fenômenos sobre os quais Bobbio chama a atenção (como a prevenção em contraposição à repressão, os prêmios e incentivos em contraposição às penas, etc.) não são modos típicos do operar do direito sobre outros subsistemas ou sobre o sistema social, mas sim são *técnicas* (eventuais) com as quais o direito opera. Reservarei, por isso, o nome de “funções” àquelas indicadas no texto; e não diria, como Bobbio, que a atenção dos teóricos do direito está deslocando-se “da estrutura para a função”, mas, sim, da análise das técnicas repressivas e das sanções negativas à análise das técnicas preventivas e das sanções positivas. Isso também para duas considerações ulteriores: (I) as sanções positivas e a prevenção também são suscetíveis de análises *estruturais*; (II) a consideração funcional do direito, difusa nas disciplinas sociológicas, refere-se também (e eu diria de maneira quantitativamente prevalente) às técnicas repressivas e às sanções negativas.

¹¹ As características da estrutura política “à direito codificado” são a compendiosidade e a durabilidade da normatização. Ora, tendencialmente, são

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano, 1977.
- D'AMELIO, Giuliana. *Iluminismo e scienza del diritto in Itália*. Milano, 1965.
- REBUFFA, G. *Origine della ricchezza e diritto di proprietà: Quesnay e Turgot*. Milano, 1974.
- TARELLO, Giovanni. Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici. In: _____. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988.
- TARELLO, Giovanni. La categoria storica del diritto commerciale. In: _____. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1976, v. VI, p. 11-119.
- TARELLO, Giovanni. Sistemazione e ideologia nelle “Loix Civiles” di Jean Domat: In: _____. *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Bologna, 1972. v. II, p. 125-157.
- TARELLO, Giovanni. *Storia del diritto commerciale*. Bologna, 1976.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna, 1976 cap. I, v. I: Assolutismo e codificazione del diritto.

mais constantes, nas sociedades e nas culturas, os comportamentos considerados danosos (os quais é preferível sancionar negativamente a comissão) do que os considerados particularmente louváveis (os quais é preferível tecnicamente sancionar de maneira positiva a comissão). Além disso, nas sociedades muito articuladas e diferenciadas, os comportamentos considerados particularmente louváveis, e incentivados, são freqüentemente relacionados aos papéis dos indivíduos, e são, por isso, dificilmente administráveis mediante normas muito gerais, duráveis e pouco circunstanciadas (como as codificadas), cujos comportamentos considerados danosos (basta pensar no homicídio) são freqüentemente desconexos com esses papéis (ou a sua conexão é mais facilmente considerada irrelevante pela cultura da sociedade), e por isso facilmente administráveis mediante normas muito gerais, pouco circunstanciadas e não sujeitas à mutabilidade rápida dos papéis sociais.

